

LA CONDUCTIO

NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO

1. Il passaggio dalla *legis actio per conductionem* alla *conductio* nella procedura formulare. Due preliminari e fondamentali osservazioni: la precisa e tecnica denominazione classica dell'azione è *conductio* semplicemente senza nessun'altra aggiunta, e la sua continuità dalla prima. — § 2. La teoria del cosiddetto arricchimento ingiustificato. Il suo concetto e le sue molteplici e svariate spiegazioni: a) *sine causa* (Pacchioni ed altri), b) *non ex iusta causa* (Voigt e Mayr), c) le due precedenti formole messe insieme (Sell e Bonfante), d) *aequitas* (Pernice), e) *ius poenitendi* del Wendt, f) la presupposizione del Windscheid, g) compenso della perdita della *rei vindictio* (Savigny), e h) illegittimità e mancanza verso la *bona fides* obbiettiva (Koschembahr - Lyskowski). — § 3. Confutazione di questo sostanzialmente inesistente principio giuridico e critica esegetica dei testi, sui quali esso viene fondato. — § 4. La concezione processuale del *modus agendi* del De Vischer e sua critica — § 5. La nostra opinione e l'esame dei principali e fondamentali casi di applicazione della *conductio*: la ripetizione del pagato indebitamente e la restituzione della cosa rubata. — § 6. La funzione surrogatoria della *conductio* alle altre azioni personali. — § 7. E la spiegazione dell'appellativo classico di *conductiones* dato indistintamente a tutte le *actiones in personam*.

§ 1. — Con la introduzione della procedura *per verba concepta* verso l'anno 120 av. Cr. la *legis actio per conductionem* (1) non scomparve; in quanto questa non era strettamente connessa a particolari e speciali ragioni attinenti

(1) Cfr. U. ROBBE, *La legis actio per conductionem*, negli *Studi Urbinati* 13 (1939), 1 ss.

alla natura e alla struttura del vecchio sistema processuale, ma invece soddisfaceva essenzialmente a intrinseche e impellenti esigenze sostanziali dello stesso sistema giuridico. Perciò la sua funzione, per nulla esaurita colla caduta in desuetudine delle *legis actiones*, continuò ancora nella nuova procedura formulare: anzi in questa sono più evidenti e chiari i precisi lineamenti e caratteri della nostra azione, specialmente se si ha molta cura di discernere e separare le soprastrutture giustinianee.

A ciascuna delle quattro primitive *legis actiones* (*sacramento*, *per iudicis postulationem*, *per manus iniunctionem* e *per pignoris capionem*) (1) corrispose nel nuovo sistema processuale un determinato numero di azioni speciali, chiamate *formulae*, tante quanti erano i singoli scopi o meglio le singole cause che quella comprendeva: in più per la grande attività giurisdizionale del pretore urbano sorgevano sempre di mano in mano altre nuove azioni specializzate corrispondenti a nuovi fini riconosciuti allora per la prima volta (2).

(1) A torto il DE VISSCHER, (*La condictio et le système de la procédure formulaire* (Gand - Paris 1923), 20 - 21, 26 e 47), considera le cinque *legis actiones* quali altrettante diverse e differenti procedure non costituenti un solo sistema unitario, come quello formulare.

(2) A tale proposito il DE VISSCHER (*op. cit.*, 20 - 21) scrive:

“Dans le cadre uniforme du nouveau mode “Si paret dare oportere”, le prêteur adopte une à une toutes les causes des différentes actions de la loi. Une à une, c’est - à - dire sans égard à la classification des modes entre les quels ces causes se trouvent réparties. Ce procédé assurait la conversion radicale des diverses procédures per L. A. en un mode unique *per verba concepta*. La possibilité d’une pareille fusion dépendait nécessairement de l’indication de la cause dans les anciens modes. L’opération exigeait en effet l’emprunt aux actions de la loi, d’éléments réunissant deux conditions essentielles. 1. Ils devaient offrir au sein de chacun des modes d’agir un principe de division capable d’en déterminer le fractionnement. 2. Ces éléments devaient en outre être du même ordre dans les divers modes, afin de permettre la dissolution totale de ceux - ci dans une procédure unique. C’est avec cette double propriété que nous apparaissent les causes juridiques indiquées dans les anciens rites. Elles tinrent un rôle décisif dans la réduction des procédures primitives à une procédure de type uniforme.”

Così pure alla *legis actio per condictioem* corrispose una speciale *formula*, che - avendo le medesime caratteristiche della prima e soddisfacendo alla stessa esigenza e funzione - conservò anche il nome originario, denominandosi perciò *condictio* semplicemente senza nessun'altra aggiunta e della causa e dell'oggetto, come si rileva specialmente e in maniera del tutto sicura dai numerosi passi delle Istituzioni di Gaio: 2,79; 3,91; 4,5; 4,8; 4,18; e 4,33 ⁽¹⁾.

(1) Le denominazioni specificate secondo la causa e l'oggetto: *condictio indebiti*, *condictio furtiva*, *condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem vel iniustam causam*, *condictio sine causa*, *condictio ex lege*, *condictio certi*, *condictio triticaria* e *condictio incerti*, sono tutte formalmente e sostanzialmente giustinianee. Per convincersi di ciò basta confrontare Gai 3, 91, che contiene il semplice termine *condictio*, col corrispondente passo delle Istituzioni di Giustiniano e della Parafrasi di Teofilo: 3, 14, 1, dove si trova invece la esplicita designazione *condictio indebiti*.

Del resto le rubriche: *De condictioe causa data causa non secuta* di D. 12, 4; *De condictioe ob turpem vel iniustam causam* di D. 12, 5; *De condictioe ex lege* di D. 13, 2; e *De condictioe triticaria* di D. 13, 3 sono state già ritenute interpolate da E. CUQ (*Les institutions juridiques des Romains* II (Paris 1908), 499) e da P. JÖRS (*Römisches Recht* (Berlin 1927), 173⁴). La *condictio certi* viene unanimemente ritenuta giustinianea da tutti i romanisti; la *condictio triticaria* viene ritenuta giustinianea specialmente dal TRAMPEDACH (*Die condictio incerti*, nella *Zeitschr. Sav. - St.* 17 (1896), 150 ss.) e da P. COLLINET (*Sur le Byzantinisme du nom de la 'Condictio triticaria'*, negli *Studi in onore di Silvio Perozzi nel XL anno del suo insegnamento* (Palermo 1925), 239 ss.); e non poche sono infine le critiche mosse contro la *condictio incerti*, sulla quale esiste una abbondantissima letteratura, (cfr. per tutti S. DI MARZO, *Studi sulla condictio I La condictio incerti* (Palermo 1902), 7 ss.). V. *Index interpolationum* I, 158 ss., 174, 179, 180 e 193.

Così pure non è assolutamente classica la distinzione fatta fra la *condictio certae pecuniae* e la *condictio certae rei*, essendo in realtà una sola *condictio*, comprendente nello stesso tempo tanto la *certa pecunia* quanto la *certa res*, esigendo soltanto l'assoluta certezza e determinatezza del suo soggetto. Quella distinzione è stata introdotta soltanto dalla dottrina romanistica, portata a ciò erroneamente dalla notizia storica dataci da Gaio nelle sue Istituzioni (4, 19): che la *lex Silia* introdusse prima la *legis actio per condictioem* solo per la *certa pecunia*, e la *lex Calpurnia* poi estese la medesima azione a *omnis certa res*. La esistenza di queste due leggi va intesa e spiegata nel preciso senso dei due successivi momenti, in cui è stata sentita la opportunità di quel provvedimento legislativo circa l'oggetto, ma non mai nel senso della formazione e della emanazione di due diverse azioni o anche di una divisione della stessa azione sebbene limitata al solo oggetto.

Ed è appunto per questa ragione che le fonti romane ci attestano per il periodo di transizione dall'uno all'altro sistema processuale l'uso di quelle quattro *legis actiones* accanto alle *formulae* ⁽¹⁾, mentre non contengono il minimo accenno alla *legis actio per condictioem* ⁽²⁾. Difatti nel primo caso vi poteva essere effettivamente una preferenza e magari anche un vantaggio a usare una delle quattro primitive *legis actiones*, piuttosto che le singole azioni corrispondenti. Nel secondo caso invece non esisteva veramente nessun motivo speciale per preferire l'una anzi che l'altra, perchè fra la *legis actio per condictioem* e la *condictio formulare* vi era perfetta e assoluta corrispondenza sostanziale, all'infuori di un cambiamento formale del rituale, di modo che la seconda non era altro che una pura e semplice continuazione della prima,

(1) Cfr. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze* I, 85 e 103-131; il quale per primo ha giustamente dimostrato che le *legis actiones* sono esistite lungo tempo come procedure facoltative a fianco delle nuove azioni formulari. A questa opinione del Wlassak aderiscono pienamente CUQ, (*op. cit.*, 852¹ e DE VISSCHER (*op. cit.*, 12 s. e 20); il quale ultimo autore (p. 14¹), con COLLINET, (*Et. sur la saisie privée* (1893), 45 ss.), si dichiara apertamente contro l'idea espressa da I. CARCOPINO (*La loi de Hiéron et les Romains* (Paris 1919), 134 s.), che contesta la sopravvivenza della *legis actio per pignoris capionem* dopo la *lex Aebutia*.

(2) Cfr. DE VISSCHER, *op. cit.*, 13-14. Questi dopo aver osservato, che il silenzio delle nostre fonti a riguardo è tanto più strano in quanto si tratta di un'azione, il cui uso doveva essere assai frequente; aggiunge però: che da questo silenzio non si potrebbe veramente concludere a una abolizione della *legis actio per condictioem* da parte della *lex Aebutia*, poichè l'abolizione delle antiche procedure fu l'opera delle *leges Iuliae* (Gai 4,30) o meglio della *lex iudiciorum privatorum* ai tempi di Augusto. Secondo il citato autore, è assolutamente improbabile che la *lex Aebutia* abbia anticipato queste leggi precisamente in ciò che concerne il *modus agendi* più recente, la cui riforma doveva di conseguenza - come sembra - parere la meno urgente. Nello stesso senso WLASSAK (*op. cit.* I, 129), GIRARD (*Manuel* ³, 1011²), e più decisamente DUVAL (*La legis actio avec formule a l'époque de Cicéron*, in *Mélanges de droit romain dédiés a Georges Cornil I* (Gand-Paris 1926), 548 ss), i quali sembrano ammettere per la fine della Repubblica la esistenza della *legis actio per condictioem* a fianco della *condictio formulare*. Invece PUCHTA (*Institutionen* I §§ 80 e 163) e CUQ (*op. cit.*, 852²) ammettono al contrario una abolizione legale.

avente le medesime caratteristiche e soddisfacente pienamente alla stessa originaria esigenza giuridica e alla stessa specifica funzione processuale.

Ed è stato proprio per avere trascurato questa essenziale continuità fra la *legis actio per condictioem* e la *condictio*, che la dottrina romanistica ha dovuto escogitare moltissime e svariate teorie per spiegare e giustificare la singolare e importante struttura e funzione della *condictio*.

§ 2. — Quasi tutti gli autori ⁽¹⁾ nel determinare la natura giuridica della *condictio* nella sua essenza si richiamano all'antico principio giuridico, come essi affermano, del cosiddetto arricchimento ingiusto o ingiustificato o indebito, secondo le diverse espressioni qualificative adoperate dai sin-

(1) Ad eccezione di quei pochi, che ascrivono alla *condictio* soltanto un carattere puramente processuale: come JACOBI (*Der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines anderen*, in *Jherings Jahrb.* 4 (1861), 159 ss., 171 ss. e 187 ss.), il quale nega assolutamente, che il diritto romano abbia conosciuto un'azione di arricchimento; e specialmente J. BARON (*Die Conditionen* (Berlin 1881), 1 ss. e 199 ss.): e *Prozess des Schauspielers Roscius*, nella *Zeitschr. Sav. - St.* I, 151 ss.), secondo il quale "ein jeder civile persönliche Anspruch, gleichviel welcher Art und welchen Ursprungs, gleichviel ob stricti iuris oder bonae fidei, gleichviel ob aus einem Contracte oder aus einem Delict oder sonstwoher, mit der Condictio geltend gemacht werden durfte". Come abbiamo già osservato nel nostro precedente studio, questa ricostruzione del Baron, che ha il grande merito di avere messo per il primo in rilievo la vera fondamentale ed essenziale caratteristica della *condictio* consistente nell'astrattezza della sua formula, non può essere accolta appunto per la sua indeterminatezza.

Anche il DE VISSCHER (*op. cit.*, 21 ss., 44 ss. e 91 ss.) riconosce egualmente nella *condictio* un carattere semplicemente processuale, pur non mancando tuttavia di collegarla nello stesso tempo in minima parte allo arricchimento ingiusto.

Ritengo assai importante rilevare sin da ora, che lo ARANCIO RUIZ nelle sue eccellenti *Istituzioni di diritto romano* (4 ed., 360 ss.) si distingue significativamente e intenzionalmente da tutti i precedenti manuali italiani e stranieri, perchè è unico a spiegare la *condictio* solo praticamente con i suoi più caratteristici e tipici casi di applicazione, senza fare ricorso minimamente al principio giuridico del cosiddetto arricchimento ingiustificato.

goli studiosi, indicanti però sempre lo stesso concetto in generale.

Per arricchimento essi intendono precisamente, secondo la migliore definizione datane dal Mayr⁽¹⁾: “una differenza di valore che si ha in un patrimonio in un determinato momento in seguito al verificarsi di un qualsiasi fatto rispetto alla sua precedente consistenza „. In sostanza però l'arricchimento può consistere tanto in ogni aumento, che il patrimonio di una persona abbia risentito a spese del patrimonio di un'altra persona, che sia risultata corrispondentemente imprevista, quale è la opinione della maggior parte dei romanisti e civilisti⁽²⁾; quanto anche in una non diminuzione dello stesso patrimonio, come è stato giustamente sostenuto dal Windscheid.⁽³⁾ E questo aumento o questa non diminuzione possono poi risultare sia da un avvenimento di natura giuridica, cioè un negozio giuridico, e sia - secondo la più larga soluzione - da un avvenimento di natura materiale o di fatto.

Ma se è relativamente facile fissare il concetto di arricchimento, che del resto costituisce in sè un fatto molto comune e naturale; non è d'altra parte altrettanto semplice stabilire con precisione, quando l'arricchito abbia l'obbligo giuridico di restituire allo impoverito ciò, di cui questo ultimo è stato danneggiato. La quale ricerca si impone con assoluta neces-

(1) *Die conditio des römischen Privatrechts* (1900), 3. “Die Bereicherung ist eine Vermögensdifferenz, die in dem Werte zum Ausdruck gelangt, der einer Vermögensmasse in einem bestimmten Zeitpunkte nach Eintritt einer gewissen Ereignung zukommt, in Vergleich gesetzt zu einem früheren, solcher Ereignung vorausgehenden, massgebenden Zeitpunkte „.

(2) Cfr. BONFANTE, *Ist.*³, 498; e G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, Parte II, vol. I *Dei quasi contratti* (Padova) 1938), 122.

(3) *Il diritto delle pandette* (trad. it.), II, 632. La esattezza di questa categoria è messa in dubbio dal BEKKER (*Aktionen* II, 154); contro il quale il WINDSCHEID (*op. cit.*, 633 nota 9 a) osserva: che non si tratta nè della “non produzione di una diminuzione „, nè della “eliminazione di una diminuzione „, bensì della produzione di una non diminuzione.

sità evidentemente perchè: non ogni arricchimento di una persona a spese di un'altra può logicamente dare origine a un'azione di ripetizione a favore dello impoverito, come pure a torto si è sostenuto da qualche antico autore ⁽¹⁾, in quanto ognuno intuisce subito la enorme assurdità di una simile inammissibile tesi. Occorre quindi spiegare il secondo termine del suddetto principio: indagare cioè quando l'arricchimento rivesta la qualifica di ingiusto o ingiustificato o invalido.

È su questo difficilissimo e astruso punto che incominciano, senza avere mai termine, le più gravi e intricate disquisizioni, facendo sorgere molteplici e svariatissime teorie, nessuna delle quali è riuscita sinora anche in minima parte a soddisfare gli studiosi, di modo che nessuna può seriamente vantare a suo favore un sia pure esiguo consenso da parte della dottrina e romanistica e civilistica ⁽²⁾.

La maggioranza di queste teorie, tralasciando senz'altro le più assurde ⁽³⁾, si basa fundamentalmente sulla causa, che

(1) Cfr. per esempio W. SELL, *Versuche im Gebiete des Civilrechts I* (1833), 1 ss.; ma contro di lui WINDSCHEID, *op. cit.*, II, 631¹; VON MAYR, *op. cit.*, 8; e PACCHIONI, *op. cit.*, 114.

Rappresenta invece il limite opposto JACOBI (*op. cit.*, 159 ss.), il quale invertendo l'errore suindicato arriva ad affermare, che neppure la illegittimità dello arricchimento costituisce un fondamento per sè stante di azione.

(2) Ed è stata appunto la insufficienza degli sforzi compiuti dalla dottrina, che ha dovuto influire - noi crediamo - più di tutto su quella tendenza manifestata da alcuni autori, come PAULICEK (*Die Lehre von den Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung nach österr. Civilrecht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, so wie der modernen Gesetzgebungen* (1878), 4 ss. e LOTMAR (*Ueber causa im römischen Recht* (1875), 85 ss.) i quali - negando un'azione generale per ripetere ogni arricchimento ritenuto ingiustificato - ripongono veramente il fondamento di questo soltanto in esplicite ed espresse disposizioni del diritto oggettivo.

(3) Quale è per esempio specialmente quella del contratto, che - come le altre - trova pure il suo appoggio in un testo di Giuliano (D. 12, 6, 33), reputato a ragione sostanzialmente interpolato da W. RECHNITZ (*Studien zu Salvius Iulianus* (Weimar 1925), 53 e 70). La teoria del contratto è stata sostenuta ripetutamente dalla più antica letteratura, ma non mancano anche nei tempi recenti dei

esse poi - appoggiandosi più o meno su qualche debole elemento testuale - spiegano nei più varii e diversi modi.

A. Così la prima spiegazione, che si presenta sotto questo punto di vista, è quella che scorge il fondamento della *condictio* nel fatto, che l'arricchimento risultò *sine causa*, come sostengono principalmente Erxleben (1), Witte (2), Lotmar (3)

parziali e totali sostenitori, come sono rispettivamente PFERSCHÉ (*Bereicherungsklagen* (1883), 156 ss.), e PEROZZI (Ist.² II, 29, 31 e 360). Il quale ultimo autore sostiene, che la *condictio* del diritto romano classico derivi dalla *obligatio re*, fondata sul contratto nel senso classico del termine, cioè di affare, e generante un'azione in ripetizione della cosa data da parte del ricevente a favore di chi gli ha trasferita la sua proprietà; invece nel diritto giustiniano, dove si intende per contratto lo accordo delle parti, la *condictio* si generalizza diventando una causa tipica extra contrattuale di obblighi, fondata nel fatto dello arricchimento senza giusto motivo (*sine causa* in senso lato). La detta teoria è stata confutata particolarmente da ERXLEBEN, *Die conditiones sine causa* I (1850), 14 ss. e II (1853), (22 ss.); PERNICE, *Labeo III*¹ (1892), 219 ss, 270 s. e 283; MAYR, *op. cit.*; 292 ss.; e PACCHIONI, *op. cit.*, 120 s.

(1) *Op. cit.*, I, 5 ss., 94 ss., 114 ss. e 123 ss. Il quale considera le *condictiones* come quelle azioni, "durch welche etwas zurückgefordert wird, was infolge bestimmter, rechtlicher oder faktischer Vorgänge ohne Grund aus dem Vermögen des einen in das des andern gekommen ist...". Ma egli non spiega, quando l'aumento patrimoniale è generalmente senza causa, perchè assegna alla *condictio* un vastissimo campo di applicazione senza l'attribuzione di un carattere unitario. Perciò Erxleben esamina particolarmente la *condictio indebiti* e la *condictio causa data causa non secuta*, facendo derivare rispettivamente la prima dalla esistenza di un debito nullo o dalla natura del pagamento e la seconda da speciali limitazioni poste al momento della prestazione dallo stesso dante causa.

Ma per la nostra ricerca nessuna giusta base può essere fornita da queste due singole categorie, essendo esse - come abbiamo già detto a principio - giustiniane, la prima nella denominazione e la seconda oltre che nel nome anche nella sostanza.

(2) *Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts* (1859), 42 ss., 47 e 63 ss. Questo autore concepisce le *conditiones* come: "Klagen auf Herausgabe derjenigen Vermögenszuwendungen, die eines Rechtsgrundes entbehren...". E la mancanza della causa consiste precisamente nel fatto, "dass der Wille des Zuwendenden in Wahrheit vielfach mit dem faktischen Zustande disharmonierte...".

(3) *Op. cit.*, 89 ss. e 93. Questi specifica che quando lo scopo della dichiarazione della volontà non viene raggiunto, allora si verifica propriamente la mancanza della causa, la quale quindi può risultare solo *ex post*, rendendo di conseguenza nulli tutti gli effetti giuridici anche già prodotti. Egli stesso però non si nasconde

e Pacchioni (1), differenziandosi profondamente fra loro però nei particolari. Ma essi con tutte le loro speciali costruzioni non riescono a determinare nella sua vera essenza un preciso

che nemmeno con la sua speciale concezione si riesce a esaurire interamente la essenza della *condictio*, per cui in ultimo è costretto - come abbiamo già visto - a ricorrere alle prescrizioni del diritto positivo.

(1) *Op. cit.*, 117 ss. e 121. Secondo il quale: "L'obbligazione di restituire un tale arricchimento non è dunque nè contrattuale nè quasi-contrattuale, ma sorge dal fatto stesso, o, come dicono i testi, *ex re*. L'arricchimento ingiusto crea l'obbligazione della restituzione a colui che in base ad esso risulta impoverito in base al *praeceptum iuris* del *suum cuique tribuere*. Questo precetto in origine era considerato esclusivamente di natura etica, ma la giurisprudenza classica lo elevò nelle sfere del diritto, accordando all'impoverito la *condictio* contro l'arricchito „ Per chiarire poi quando l'arricchimento stesso debba essere praticamente considerato disgiunto da una causa che lo faccia apparire giusto, egli ricorre propriamente alla sua particolare distinzione, fatta fra *causa* del contratto e *causa* delle obbligazioni assunte - in base al contratto - dalle parti contraenti. "Se manca la *causa* del contratto, il contratto stesso è nullo e l'eventuale trapasso di beni e di valori da un patrimonio all'altro, essendo puramente di fatto e revocabile con l'azione di rivendica, non opera un vero arricchimento giuridico; se invece la *causa* del contratto esiste, l'arricchimento è giuridico e definitivo, salvo solo a dover essere restituito ove risulti impossibile, o, di fatto, non realizzata la *causa* della controprestazione convenuta, giacchè, in tal caso, si palesa *ingiustificato* „ Infine il campo di applicazione della *condictio* era precisamente costituito dalle *dationes ob causam*, che non erano altro "che dei trasferimenti di proprietà a credito: trasferimenti operanti subito perchè appunto fatti a credito, cioè nella credenza e nella fede che l'accipiente avrebbe eseguita la controprestazione convenuta. Si trattava sempre di una operazione di credito in origine compiuta a tutto rischio del dante *ob causam*, in quanto, in origine, non avvenendo la controprestazione, esso perdeva tutto, mentre, in seguito, invece perdeva sì la proprietà, ma poteva ripetere l'arricchimento con essa prodotto nel patrimonio dell'accipiente „

La complessa teoria del Pacchioni contiene però in se stessa una stridente e insuperabile contraddizione: in quanto - pure ad accettare la distinzione fra *causa* del contratto e *causa* delle obbligazioni assunte col contratto e ad ammettere il valore giuridico del *suum cuique tribuere* - risulta sostanzialmente inconciliabile il fine della *condictio* riposto nella realizzazione di questo *praeceptum iuris*, che dovrebbe fare ritornare al legittimo titolare la proprietà non mai da lui alienata e perduta, col campo di applicazione proprio della *condictio* formato dalle *dationes ob causam*; perchè queste - secondo l'autore - operano sempre dei trasferimenti di proprietà, e il precetto del *suum cuique tribuere* - come indica chiaramente la sua medesima dizione del *suum* - presuppone invece che la proprietà non si sia veramente mai staccata dal suo legittimo titolare.

ed esatto concetto dello arricchimento *sine causa*, che possa con un suo significato generale comprendere in sè tutti i singoli e differenti casi di applicazione della *condictio* contenuti nelle fonti romane classiche. Perciò alcuni autori - come abbiamo già visto - sono costretti a negare senz'altro alla *condictio* un carattere unitario.

B. Le stesse identiche e sostanziali critiche vanno fatte contro la seconda spiegazione, assai simile alla prima, perchè essa si limita a sostituire alla espressione *sine causa* l'altra - non meno incomprensibile - *non ex iusta causa*. La quale opinione è stata sostenuta specialmente dal Voigt ⁽¹⁾ e dal Mayr ⁽²⁾ con forme e motivazioni diverse, ma ambedue insufficienti per le medesime ragioni.

C. Nè si riesce a superare le enormi difficoltà sopra indicate congiungendo le due enigmatiche espressioni *sine causa* e *non ex iusta causa*, come fa la terza spiegazione

(1) *Die conditiones ob causam* (1862), 7 ss., 315 e 614 ss. Per lui le *conditiones* sono: "Klagen wegen Vermögenserwerbung mit vitiöser causa". E questa viziosità della causa non si lascia determinare generalmente, è piuttosto "in absoluter und abstrakter Weise von dem Rechte selbst fixiert". Perciò egli distingue sette specie di "gewisse vitiöse Qualität", della causa, le quali coincidono approssimativamente con quelle, che sono soltanto categorie giustiniane e non classiche.

(2) *Op. cit.*, 150, 173 ss., 290 ss., 325 ss., 342 ss., e 361. Il sistema di questo scrittore si distingue da tutti gli altri, perchè egli invece della causa suppone dappertutto un Rechtsgeschäft e nella Mangelhaftigkeit e nella Ungiltigkeit di questo scorge il fondamento giuridico per la *condictio*. Ma il Mayr non ricerca, in che cosa deve precisamente consistere la difettosità e la invalidità del negozio giuridico, accontentandosi nei singoli casi di indicare soltanto il fatto, che nella fattispecie vi è un negozio giuridico invalido oppure almeno "eigentlich", invalido. Anche egli, per la determinazione del campo di applicazione della *condictio*, si riferisce al diritto oggettivo, precisando che: "ein Bereicherungsanspruch im eigentlichen Sinne des Wortes nur da vorliegt, wo eine in der Rechtsordnung nicht begründete Vermögensvermehrung stattgefunden hat, die nicht durch ein Rechtsgeschäft noch auch aus Anlass eines Rechtsgeschäftes entstanden ist", e che "die hingegebene Leistung den Gegenstand der *condictio* bilde".

rappresentata in ispeciale modo dal Sell ⁽¹⁾ e dal Bonfante ⁽²⁾. Perchè anche questa, - oltre a manifestare la inutilità degli sforzi, che non riescono a determinare un preciso ed esatto concetto generale delle due espressioni se non con esteriori e superficiali esplicazioni, le quali sono sempre molto lontane dalla intrinseca e vera natura dello istituto giuridico studiato -, mostra pure la stessa incapacità e insufficienza - nonostante la unione delle due espressioni messe insieme - a riunire e a contenere in sè tutti i singoli e varii casi di applicazione della *condictio* fornitici dalle fonti genuine.

D. Ugualmente indeterminata, come le tre precedenti, si presenta la quarta spiegazione, che si appoggia su un elemento ancora più astratto e indefinibile, ponendo il fondamento decisivo della *condictio* nel noto principio generale della equità. Il sostenitore più autorevole e convinto di questa concezione è il Pernice ⁽³⁾, il quale - considerando la *condictio* “als Rückforderung eines zu Unrecht innegehabten Gegenstandes „ - ammette la nostra azione in tutti i casi, in cui qualcuno è diventato più ricco illegittimamente a spese di un altro, senza determinare più particolarmente quando lo arricchimento è “ unrechtmässig „ e senza indicare alcun criterio pratico per la sua applicazione.

(1) *Op. cit.*, 1 ss. e 34 ss. Secondo questo autore le *condictiones* “ihrem Zwecke nach auf Rückgabe einer Sache (sie sei fungibel oder nicht fungibel) gerichtet sind, welche der andere entweder ohne allen Rechtsgrund (causa), oder aus einem schimpflichen, überhaupt aus einem unrechtlichen Grunde besitzt; oder sie gehen auf Zurücknahme einer Verbindlichkeit, welche ohne Rechtsgrund übernommen worden ist. In beiden Fällen würde sich der Besizende, oder der Inhaber des Rechts, aus dem Nachteile eines andern bereichern „.

(2) *Ist.* 18, 498. Il quale definisce lo “arricchimento ingiusto quell’aumento patrimoniale, che si fonda su di una causa o rapporto giuridico ingiustificato, perchè la causa prossima dell’acquisto è congiunta per avventura a una causa remota inesistente o inefficace per il diritto „.

(3) *Labeo*, III¹, 217 ss., 232 ss., 258 e 290. Aderisce alla presente opinione GIRARD, *Manuel*⁸, 1011; e *L’histoire de la condictio d’après M. Pernice*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 19 (1895), 408-425.

Oltre queste prime quattro teorie seguite da gruppi più o meno cospicui di autori, vi sono ancora delle altre isolate, che per le loro tutte speciali spiegazioni sono invece proprie di singoli studiosi, ma non per questo vanno tralasciate anche per la grande autorità dei loro autori.

E. Il Wendt ⁽¹⁾ ritiene: che la *condictio* abbia il suo più naturale fondamento nel diritto di pentirsi, *ius poenitendi*, cioè nel diritto di ripetere il già dato fino al momento, in cui sia stata eseguita la pattuita contraprestazione, o sia altrimenti risultata turpe o priva di causa. Ma una così larga applicazione del *ius poenitendi* non trova assolutamente alcun appoggio nei testi romani, a prescindere poi dal fatto che esso risulta interpolato nella maggior parte dei passi ⁽²⁾.

F. Il Windscheid ⁽³⁾, dopo di avere dichiarato che è

(1) *Reurecht und Gebundenheit*. I. *Die condictio ex poenitentia* (1878), 6 ss., 18 s. e 77 ss. Ma, all'infuori di questa sua nuova idea centrale, egli non manca nello stesso tempo di richiamarsi pure ai due già noti concetti di *causa* e di *aequitas*. Difatti egli sostiene che: "Nicht die Vereitelung der causa erzeugt die condictio sine causa, sondern umgekehrt ihn Eintritt beendet dieselbe", intendendo per causa "die, sowohl Grund als Zweck der stattgehabten Vermögensveränderung bildenden Verhältnisse". E poi aggiunge: "dass die sämtlichen conditiones sine causa in allen ihren Beispielen ausschliesslich aus dem der aequitas widerstreitenden Moment der Bereicherung sine causa entspringen".

(2) Cfr. PACCHIONI, *op. cit.*, 121.

(3) *Pandette* II, §§ 421 - 9, 631 ss. e specialmente 643 ss.; inoltre: *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* (1850), 48 ss.; *Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung*, in *Leipziger Programm* (1878); e *Die Voraussetzung*, in *Arch. f. civ. Prax.* 78 (1892), 161 ss. Secondo il Windscheid: la presupposizione non ha nel linguaggio giuridico romano alcuna designazione tecnica fissa, ma una delle diverse designazioni, che per essa si trovano nelle fonti, è *causa*. La presupposizione è chiamata *causa* in un doppio senso, e per fermo entrambi i sensi molte volte si intrecciano fra loro; anzitutto perchè in essa sta la "ragione determinante", (*Bestimmungsgrund*) della dichiarazione di volontà, però non un semplice motivo (che a sua volta viene indicato come *causa*), ma proprio una ragione determinante elevata a limitazione della volontà: poi per questo, che ciò che s'è presupposto non può mancare, senza che

assai difficile fondare la *condictio* in una sola formola, che comprenda tutti i casi di applicazione, e dopo di avere distinto perciò l'arricchimento basato sulla volontà del danneggiato da quello non avvenuto coll'assenso dello impoverito, ripone in linea principale il fondamento giuridico della nostra azione nella ben nota sua dottrina della presupposizione. Chi dichiara una volontà sotto una presupposizione, non fa invero dipendere la esistenza dello effetto giuridico voluto dalla realtà di ciò che è presupposto; ma tuttavia è vero, che, in caso di non realtà del presupposto, la sussistenza dello effetto giuridico voluto non corrisponde alla sua vera volontà. Questa differenza fra la volontà effettiva e la volontà vera è appunto appianata coll'imporre all'arricchito l'obbligazione di restituire ciò che egli ha e continua ad avere. Ma la dottrina della presupposizione del Windscheid è stata generalmente respinta da tutti gli autori ⁽¹⁾ per la sua effettiva inconsistenza e specialmente poi per la sua non corrispondenza con le fonti romane, nonostante la parziale equiparazione da lui fatta della presupposizione alla causa.

G. Il Savigny ⁽²⁾ sostiene: che la *condictio* è un'azione

l'arricchimento provocato dalla dichiarazione di volontà, ed in tanto la dichiarazione stessa di volontà, sia illegittimo, per modo che viceversa nella esistenza di ciò che si è presupposto sta la "ragione giustificativa", dello arricchimento provocato dalla dichiarazione di volontà e della dichiarazione stessa di volontà.

(1) Cfr. le osservazioni di FADDA e BENZA in WINDSCHEID, *Pandette* IV, 560 ss.; e PACCHIONI, *op. cit.*, 121.

(2) *Sistema* V, 564 ss. Il Savigny afferma poi: che, raccogliendo in un prospetto generale i casi di *condictiones* ci si dimostra il seguente graduale svolgimento del concetto fondamentale. Il caso originario di *condictio* consiste in, ciò, che il proprietario, affidandogli la sua proprietà, aumenta il patrimonio dello accipiente. A questo segue il caso, nel quale si affida allo accipiente soltanto il possesso, ma questi produce con un atto arbitrario l'aumento del suo patrimonio. Inoltre il caso, in cui l'accrescimento del patrimonio viene bensì prodotto dalla volontà del precedente proprietario, ma non per fiducia, sibbene per errore, che ha effetto uguale a quella fiducia. Finalmente uguale effetto è attribuito anche al fortuito arricchimento, senza causa, dell'uno mediante la proprietà dell'altro. Tutti

personale civile, la quale tiene il luogo di una *vindicatio*, che non è più ammissibile nel rapporto che si fa valere. Un oggetto, che apparteneva al patrimonio dell'attore, è trapassato nel patrimonio del convenuto, ed è necessario che mancando la *vindicatio* si agisca con un' *actio in personam* per restituire questo oggetto al patrimonio dell'attore e detrarlo da quello del convenuto. Tipo della *condictio* - secondo tale concetto - è l'azione *ex mutuo*, poichè la cosa, che apparteneva al mutuante, mediante il mutuo passò nel patrimonio del mutuuario, nè vi è più la *vindicatio* da parte del mutuante; ma è giusto che questo oggetto sia restituito dal mutuuario al mutuante: ciò si ottiene colla *condictio*, che ristabilisce l'equilibrio patrimoniale, restituendo l'oggetto dal patrimonio del convenuto a quello dell'attore. Simili alla *condictio ex mutuo* sono tutte quelle *condictiones* basate sopra un arricchimento senza una giusta causa, che sono poi quelle *condictiones indebiti*, *causa non secuta*, *ob turpem vel iniustam causam* e *sine causa*, alle quali ordinariamente si pensa quando si parla di *condictiones*. Rimane la difficoltà, che si trova la parola *condictio* applicata certamente - secondo l'autore - all'azione derivante da obbligazione verbale (*stipulatio*) e da obbligazione letterale (*ex e pensilatio*). Il Savigny dice che ciò solo apparentemente può essere di ostacolo alla sua teorica, perchè la *expensilatio* e la *stipulatio* corrispondono originariamente ad un mutuo, sono forme con cui si rinforza la obbligazione nascente dal mutuo: la *expensilatio* è addirittura la scrittura di un mutuo nei libri domestici, la *stipulatio* è la constatazione verbale di un'ob-

questi casi dunque hanno a comune tra loro l'accrescimento di un patrimonio mediante la diminuzione di un altro patrimonio, accrescimento che o fu sempre senza causa, o ha perduto la sua originaria causa. La maggior parte e i più importanti di questi casi derivano da un atto volontario del primitivo proprietario, e a questi si connettono gli altri casi soltanto come estensioni per intrinseca affinità.

bligazione nascente da mutuo; in seguito questi contratti formali si estendono anche oltre il campo sostanziale del mutuo, ma l'azione rimane quella che era da principio.

La dottrina del Savigny, che purtroppo ha avuto moltissimi seguaci per un primo tempo, è interamente falsa ⁽¹⁾, perchè egli manca di esaminare il vero ed essenziale problema da risolvere: cioè l'origine e il fondamento giuridico della *condictio*, e la natura e la essenza della obbligazione da essa difesa; limitandosi a spiegare soltanto l'avvicendamento e lo scambio della *condictio* con la *vindicatio*, la cui perdita verrebbe appunto compensata dall'altra. Tutta la sua acuta costruzione quindi non sfiora minimamente il problema studiato, potendosi ricavare da essa tutto al più la conclusione, che nella ipotesi di *condictio* si ha un'*actio in personam*, perchè nel caso esiste non un diritto reale, ma invece un diritto di obbligazione: con la quale spiegazione si resta allo stesso punto di partenza e non si avanza nemmeno di un passo. Il principale difetto della teorica del Savigny - noi crediamo - è: che egli in tutta la sua elaborazione tiene presente soprattutto e unicamente il passo di Gai 4, 5, dove alle *actiones in rem* si dà l'appellativo di *vindicationes* in contrapposizione alle *actiones in personam* appellate *condictiones*; la quale definizione - come vedremo - non è altro che la diretta conseguenza dello essenziale significato e del fondamento giuridico di *condictio*. Confinatosi in questo strettissimo punto, considerando soltanto i rapporti fra la *vindicatio* e la *condictio*, egli perde naturalmente di vista l'intera materia e il vero e fondamentale problema da risolvere. Così pure è completamente errata la base di dimostrazione scelta dallo insigne romanista tedesco, cioè l'esempio del mutuo, da cui egli muove per tutta la sua costruzione;

(1) Tale la giudica anche lo SCIALOJA, *Procedura civile romana* (Roma 1936) 357.

poichè per questo contratto nel diritto romano classico spettava veramente e precisamente un'altra azione del tutto autonoma e indipendente e non la *condictio*, che si sostituì effettivamente alla *actio certae creditae pecuniae* solo nel diritto giustiniano.

H. Il Koschembahr - Lyskowski ⁽¹⁾ presenta un'altra complessa dottrina, fondata - come egli dice - oggettivamente sulla mancanza verso la *bona fides* obbiettiva, che svolge nel seguente modo.

La *condictio* esige un aumento patrimoniale in base a una causa, a cui essa è rigorosamente limitata per escludere dal suo campo di applicazione lo arricchimento conseguito senza nessun diritto; il quale deve toccare e pervenire a chi legittimamente appartiene, e a questo ultimo devono perciò servire le azioni a lui spettanti in base al suo diritto, per esempio la *rei vindicatio*, escludendo in simili casi la nostra azione ⁽²⁾. Ed è proprio questa limitazione della *condictio* allo aumento patrimoniale in base a un diritto, che vuole specialmente significare la nota *Negotientheorie* di Giuliano. Lo aumento patrimoniale deriva da una causa; ma questa viene revocata, cosicchè nello ulteriore corso l'arricchimento diviene come se fosse senza causa. La base della causa viene tolta allo aumento patrimoniale, e perciò questo deve essere restituito. Ma la causa dello arricchimento viene revocata solo così largamente, quanto esso è illegittimo. Così la *condictio* si dirige solo contro lo arricchimento dalla causa concernente.

Quindi la legittimità o meno della causa, la cui presenza per la anzidetta ragione è sempre necessaria, è completamente

(1) *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen Recht* I (Weimar 1903), 21 ss.

(2) Da ciò si chiarisce anche, che l'applicazione della *condictio* in concorrenza con l'azione di contratto diventa sempre più limitata.

irrilevante per l'applicazione della *condictio*, perchè questa azione di impugnazione come talvolta non interviene, malgrado che sia invalida la causa dello arricchimento, così pure può intervenire anche quando questa non ha nessun difetto (Mangel). È dunque assai chiaro, che qui la *condictio* non si può basare sulla difettosità della causa (Mangelhaftigkeit), la quale tutto al più può soltanto contribuire a rendere illegittimo lo arricchimento; ma invece si fonda unicamente sulla illegittimità (Unrechtmässigkeit) dello aumento patrimoniale stesso (1). Da questo principio derivano importanti conseguenze per la determinazione dell'oggetto della *condictio*. Oggetto di questa non è ciò, che è acquistato in base a una causa difettosa; ma ciò che viene ritenuto illegittimamente: e ciò può essere un più o un meno di quello che l'arricchito ha acquistato in base alla causa.

“ Der allgemeine Grundsatz der *condictio* ist, dass das zurückgegeben werden muss, was zu Unrecht zurückbehalten wird. Der Verstoss gegen die objektive *bona fides* ist die Grundlage der *condictio*. Dieser allgemeine Grundsatz kommt in allen Kondiktionsfällen zur Anwendung und er ist allgemeine Massstab für das Eingreifen der *condictio*. Aber es ist klar, dass die römischen Juristen bemüht sein mussten, für diesen allgemeinen Grundsatz konkretere Ausdrücke zu finden. Aus diesem Bemühen erklären sich die einzelnen Kondiktionsfiguren. Und wenn die römischen Juristen sagen, dass der Bereicherte die Bereicherung herausgeben muss, weil die

(1) L'autore insiste molto sull'affermazione: che la *condictio* è diretta non contro la causa dello aumento patrimoniale, ma invece contro lo stesso aumento patrimoniale. E cerca di spiegare questa osservazione, mettendo in rilievo la differenza, che passa fra il caso del pagamento dello indebito e quello del diritto di ritenzione; poichè nel secondo caso la causa dello arricchimento è formata anche dal pagamento, però non è contro questo che si dirige il diritto di ritenzione, ma invece contro qualche altra cosa diversa da ciò che è stato pagato, come per esempio lo indennizzo delle spese.

Bereicherung bei ihm *sine causa* oder *ex iniusta causa* ⁽¹⁾ ist, so wollen sie damit nur zum Ausdruck bringen, dass der Bereicherte eine unrechtmässige Vermögensvermehrung erfahren hat. Nur so erklärt sich die Berufung auf die *aequitas*, welche die *condictio* geschaffen hat ⁽²⁾ „.

Anche Koschembahr - Lyskowski suppose che il diritto oggettivo forma la base della *condictio*: cioè il diritto oggettivo determina, quando un aumento patrimoniale è illegittimo, e deve perciò essere restituito. Nel sistema giuridico sono enumerati singolarmente o solo generalmente tutti i casi, nei quali il ritenere lo aumento patrimoniale costituisce „eine Fideswidrigkeit“. „Diese Fideswidrigkeit gibt uns also die Grundlage des objektiven Rechtes an und weist uns damit den Weg der Fortbildung des objektiven Rechtes „ ⁽³⁾.

Infine egli afferma: che la sua concezione, fondante la causa della *condictio* oggettivamente sulla mancanza verso la *bona fides*, si distingue nettamente dalla opinione dominante dello arricchimento, perchè questa - facendo direttamente derivare in modo subiettivo la *condictio* dalla volontà delle parti - lascia attuare questa volontà, in parte nello accordo quasi contrattuale delle parti, e in parte nella volontà unilaterale del datore. In base a questa dottrina la *condictio* interviene

(1) V. D. 12, 4, 10; 12, 5, 6; 12, 6, 34; 12, 6, 56 e 66; 12, 7, 1 pr. e 3; 12, 7, 3 - 4; 19, 1, 30 pr.; 23, 3, 50 pr.; 24, 1, 6; 25, 2, 25; e 37, 6, 3, 5.

(2) V. 12, 1, 32; 12, 6, 14 e 66.

(3) „Denn die Praxis als Gewohnheitsrecht ist doch auch objektives Recht. Und schliesslich kommt es doch vor allem darauf an, wann die Praxis die *condictio* gewähren soll. Allerdings kann es das objektive Recht versuchen, alle Fälle, in denen eine Vermögensvermehrung als unrechtmässige zurückgegeben werden soll, erschöpfend aufzuzählen. Gelingen wird dieser Versuch nicht. Die Fortbildung der Lebensverhältnisse wird neue Fälle schaffen, in denen die Zurückbehaltung einer Vermögensvermehrung als fideswidrig erscheinen muss. Wollen wir da dem praktischen Leben nicht Gewalt antun, so werden wir auch die *condictio* als Bereicherungsklage neben den vom objektiven Recht ausdrücklich aufgezählten Fällen nicht entbehren können „.

appunto, perchè risulta dalla volontà quasi contrattuale delle parti o dalla unilaterale volontà del datore, che l'aumento patrimoniale non deve spettare al destinatario, e perciò questi deve restituire l'arricchimento. Secondo la sua concezione invece l'arricchito deve restituire l'arricchimento, perchè questo offende obiettivamente la *bona fides*. Non dipende quindi dalla volontà delle parti o del datore. Da ciò consegue specialmente, che talvolta la *condictio* interviene, malgrado che nessuna colpa vi sia da parte del destinatario. Viceversa secondo la teoria della volontà, in modo conseguente la *condictio* non dovrebbe logicamente intervenire, quando la volontà si realizzasse senza colpa.

A noi sembra, che la concezione del Koschembahr-Lyskowski sia sostanzialmente altrettanto insufficiente, quanto la opinione della volontà delle parti, da lui a ragione criticata.

Difatti: è del tutto assurdo pretendere di spiegare la *condictio* con la teoria della volontà, sia perchè non è assolutamente ammissibile che la sola volontà unilaterale del datore possa fare sorgere una obbligazione da parte del destinatario; e sia perchè come è da respingersi - secondo quanto abbiamo già detto avanti - l'accordo contrattuale delle parti, così pure è da respingersi l'accordo quasi contrattuale di esse: essendo la categoria del quasi - contratto - già di per se stessa assai discussa in dottrina e per nulla precisa e chiara - una semplice classificazione dogmatica, priva di qualsiasi vero e fondato principio giuridico e sorta molto tardi, che non può di conseguenza riuscire a spiegare la obbligazione protetta dalla *condictio*, originaria e di gran lunga precedente quella categoria.

Il Koschembahr - Lyskowski da parte sua poi introduce nella sua speciale e complessa concezione un nuovo elemento: la *bona fides* obbiettiva, la mancanza verso la quale costituirebbe l'essenziale e principale fondamento della *condictio*.

Però egli nè spiega nè determina minimamente, che cosa sia da intendersi per questa *bona fides* obbiettiva, che risulta quindi un concetto del tutto astratto e immaginario. Senza dire inoltre che l'astrusa e indefinita espressione *bona fides* è tanto più pericolosa e confusa, in quanto la dottrina romanistica insiste energicamente sulla netta e assoluta distinzione delle *condictiones*, le quali sarebbero - secondo essa - soltanto e unicamente *iudicia stricti iuris*, dai direttamente contrapposti *iudicia bonae fidei*.

Nè egli riesce a riparare questa sostanziale deficienza del suo sistema ricorrendo alla illegittimità dello stesso aumento patrimoniale, costituente l'altro aspetto della sua complessa e particolare opinione. Perchè anche qui - all'infuori della variazione delle parole adoperate dai precedenti autori - il Koschembahr - Lyskowski nè spiega nè determina minimamente, che cosa significhi veramente illegittimo. E tanto meno perviene a superare la presente enorme difficoltà richiamandosi ai momenti, che fanno apparire l'aumento patrimoniale quale illegittimo, che egli - pure dichiarando di volere ricercare e fissare prescindendo dalle otto note figure di *condictio* (1) - fini-

(1) Che egli riunisce e specifica sotto i seguenti principii. È illegittimo l'aumento patrimoniale: 1) che è nato da involontario pagamento di un indebito; 2) quello, su cui spettava al condizente un diritto; 3) quello, che è fatto con riguardo a un arricchimento impugnato in ritardo; 4) quello, che si basa esclusivamente su una causa di acquisto formale, senza la quale esso spetterebbe al condizente; 5) quello, che contraddice a un accordo; 6) quello, che è avvenuto solo "treuweise"; 7) quello, che è avvenuto per un determinato scopo, per quanto questo scopo non venga raggiunto; e 8) quello, che è avvenuto *contra legem*.

"Allgemein wollen wir dabei hervorheben, dass die erwähnten Grundsätze nur ein Niederschlag des allgemeinen Billigkeitssatzes sind, und dass jene Grundsätze selbst im konkreten Fall ein Korrektiv in dem allgemeinen Billigkeitssatz von der Verpflichtung der Rückgabe unrechtmässiger Vermögensvermehrung finden müssen. So werden wir in jedem einzelnen Fall der *condictio* zwei Voraussetzungen feststellen können. Die eine Voraussetzung wird sich durch einen der angegebenen Grundsätze bestimmen lassen. Die andere Voraussetzung ist, dass im gegebenen Falle nichts vorliege, was trotz jener ersten Voraussetzung die Rückforderung als *fideswidrig* erscheinen lasse „

sce in fondo col farli coincidere e confondere nei singoli casi di applicazione con queste stesse figure, le quali d'altra parte non sono state stabilite e perfezionate - come egli crede - dai giuristi romani classici, ma in verità soltanto dai giustinianeî.

La concezione del Koschembahr - Lyskowski è dunque un continuo e interminabile circolo vizioso, che non raggiunge mai una precisa ed esatta definizione: perchè dopo lo aumento patrimoniale in base a una causa in seguito revocata tanto da farlo apparire senza causa mette la *bona fides* obbiettiva; inoltre dopo questa la illegittimità dello arricchimento stesso; infine dopo quest'altra incognita mette i momenti, che fanno apparire nei singoli casi di applicazione lo aumento patrimoniale come illegittimo, anche essi indefiniti. Cosicchè egli in ultima analisi - per liberarsi definitivamente da tutte queste pastoie - è costretto a supporre che il diritto oggettivo costituisce soprattutto la base della *condictio*, in quanto è il diritto oggettivo che determina fondamentalmente: quando lo aumento patrimoniale è sostanzialmente illegittimo e deve perciò essere restituito, perchè nel sistema giuridico si trovano enumerati singolarmente o solo generalmente tutti i casi, nei quali il ritenere lo arricchimento costituisce "eine Fideswidrigkeit",.

Ora questa ultima affermazione si equivale perfettamente a una esplicita e confessata negazione della intrinseca e intima fondatezza dello importante istituto giuridico rappresentato dalla *condictio*, che pure ha una origine così antica e una base giuridica così solida e profonda da persistere e continuare ininterrottamente in tutti i tempi e in tutti i sistemi giuridici sino alle moderne legislazioni, il che mostra sufficientemente la sua piena vitalità. Nemmeno il Koschembahr-Lyskowski quindi, come tutti gli altri precedenti autori arriva a penetrare nella intima essenza e nella intrinseca

struttura della nostra azione; perciò l'insigne romanista tedesco non riesce con la sua complessa e speciale concezione a indicare e fissare il vero e preciso rapporto giuridico protetto dalla *condictio*; non perviene egli a determinare particolarmente ed esattamente la vera funzione di questa e la natura giuridica della singolare ed essenziale obbligazione difesa dalla *condictio*; manca egli dunque, nonostante tutte le sue circonlocuzioni, di dare a fondamento di questa interessante azione un principio giuridico unitario, ben caratterizzato e individuato corrispondente alla sua natura e funzione.

La incertezza e la infondatezza del vago e astratto sistema di Koschembahr - Lyskowski appare pure in una maniera evidente e chiara nella inutile utilizzazione, che egli fa per la dimostrazione della sua astrusa concezione - oltre che della insostenibile teorica del *negotium* di Giuliano - anche delle insignificanti espressioni *sine causa* e *non ex iusta causa* e della *aequitas*, dalla quale fa direttamente derivare la *condictio*. Tutti principii e concetti questi, che egli tende inutilmente e vanamente di combinare assieme: non solo perchè essi sono fra loro fortemente e stridentemente contrarii, ma anche e soprattutto perchè essi - come dimostreremo nel seguente paragrafo - non corrispondono affatto al pensiero genuino dei giuristi classici, essendo stati introdotti nelle fonti romane per la prima volta soltanto dai postclassici e dai compilatori giustinianeî.

UBALDO ROBBE

Direttore responsabile: LUIGI RENZETTI

Finito di stampare il 26 - 2 - 1941 XIX nello Stab. Tip. Editoriale Urbinate - Urbino